



# VOLKELT

*Der Berater für den Geschäftsführer der GmbH  
und der Unternehmersgesellschaft*

**KEINE ZEIT  
ZUM „INFORMIEREN“?**  
Ab sofort  
nur noch 2 Seiten:  
schnell, präzise  
und noch kürzer.

Freitag, 27.1.2012

[www.GmbH-GF.de](http://www.GmbH-GF.de)

4. KW 2012

Sehr geehrte Geschäftsführer-Kollegin,  
sehr geehrter Kollege,

ein wichtiges Urteil für GmbHs kommt jetzt vom Bundesfinanzhof. Danach kann ein GmbH-Mitarbeiter, der der GmbH in der wirtschaftlichen Krise finanziell unter die Arme greift, **die Kosten für die Übernahme einer Bürgschaft in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit ansetzen** (BFH, Urteil vom 16.11.2011, VI R 97/10).

Dabei ging es um einen Fall, der in der Praxis relativ häufig vorkommt. Die Bank verlangte für die weitere Finanzierung der GmbH, dass zusätzliche Bürgschaften übernommen werden. Im konkreten Fall bürgte der Prokurist für die GmbH – im nächsten Schritt sollte der Prokurist als Geschäftsführer eine Beteiligung als Gesellschafter an der GmbH erhalten. Dazu kam es aber nicht mehr. Der Prokurist musste die Bürgschaft übernehmen und dafür auch zahlen. In der Steuererklärung setzte der Prokurist die Aufwendungen als Werbungskosten an.

Das aber machten die Finanzbehörden nicht mit und erkannten den Werbungskostenabzug nicht an. Auch die Klage gegen den ablehnenden Bescheid blieb in erster Instanz erfolglos. Aber: Der Prokurist – so der BFH –, der ein nicht unbeträchtliches wirtschaftliche Risiko zur Erhaltung seines Arbeitsplatzes auf sich genommen hat, kann die damit verbundene finanzielle Belastung bei der Steuer verrechnen – die Aufwendungen dienen der Erhaltung seiner Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

**Für die Praxis:** Der Fall zeigt, dass Steuerzahler ihr Recht oft erst in letzter Instanz gegen die Finanzbehörden durchsetzen können. Zwar ist es auch schon bisher „ständige Rechtsprechung“ des BFH, dass beruflich veranlasste Aufwendungen grundsätzlich als Werbungskosten anerkannt werden müssen. Aber: Die Finanzbehörden ignorieren diese Rechtslage – wahrscheinlich mit dem Ziel, die bestehende Rechtslage eines Tages auszuhebeln. Im Auseinandersetzungsfall mit den Finanzbehörden führt also in vergleichbaren Fällen auch in Zukunft der Weg nicht am Finanzgericht vorbei – notfalls auch bis zu letzten Instanz.

Mit besten Grüßen Ihr

*Lothar Volkelt*

Dipl. Volkswirt, Herausgeber + Chefredakteur Volkelt-Brief

+ + +

### **Konflikte vorprogrammiert: Gesellschafter als Arbeitnehmer der GmbH**

Üblich und u. U. aus steuerlichen Gründen interessant ist es, einen GmbH-Gesellschafter als Arbeitnehmer in der eigenen GmbH zu beschäftigen. In der Praxis kommt es dabei oft zu Problemen zwischen dem amtierenden Geschäftsführer und dem Gesellschafter. Beispiele aus der Praxis:

- Der als Arbeitnehmer tätige Gesellschafter nimmt außerhalb der Gesellschafterversammlung Einfluss auf die Geschäftsführung.
- der Gesellschafter trägt sein Insiderwissen als Gesellschafter in die GmbH und untergräbt damit Geschäftsführungs-Entscheidungen.
- der Gesellschafter geht davon aus, dass seine Arbeitnehmerrolle mit anderen Maßstäben zu beurteilen ist, als die der übrigen Arbeitnehmer.
- der Gesellschafter nutzt seine Arbeitnehmer-Position dazu, die Mit-Gesellschafter über GmbH-interne Abläufe zu unterrichten, die auf Gesellschafter-Ebene eigentlich nicht relevant sind.

Besonders schwierig ist die Situation des Geschäftsführers, wenn er als sog. Fremd-Geschäftsführer in einer GmbH tätig ist, in der mehrere Gesellschafter als Arbeitnehmer angestellt sind. Diese besetzen meist die Leitungsfunktion in einzelnen Fachabteilungen – also z.B. als Produktionsleiter oder Entwicklungschef. Sind sich

die tätigen Gesellschafter in der Beurteilung des „Fremd-Geschäftsführers“ einig, steht es ihnen (bzw. je nach Vertragslage) offen, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen oder ihn sogar abzuberufen. Noch unsicherer ist die Stellung des Geschäftsführers, wenn nur ein Teil der Gesellschafter in der GmbH tätig ist, der andere Teil lediglich Gesellschafter-Aufgaben im Rahmen der Gesellschafterversammlung ausübt. Im Krisen- bzw. Konfliktfall kann es hier leicht dazu kommen, dass Sie als Fremd-Geschäftsführer zwischen allen Stühlen sitzen. Hier helfen nur „gute Nerven“ und ein Anstellungsvertrag, der Sie gut absichert.

**Die Rechtslage:** Haben die Gesellschafter ihr Arbeitsverhältnis mit der GmbH nicht über den Gesellschaftsvertrag abgesichert, steht ihnen als Geschäftsführer das Arbeitsrecht auch gegen den Gesellschafter zu. Hier empfiehlt es sich, im Grundsatz die Interessen der GmbH - notfalls auch gegen den Gesellschafter zu vertreten, wenn Sie mittel- und langfristig erfolgreich tätig sein wollen. Zeichnen sich Konstellationen ab, die eine ordentliche Abwicklung der Geschäfte behindern, sind Sie gut beraten den Arbeitgeber zu wechseln. In diesem Fall sollten Sie von vorne herein kurze Kündigungsfristen vereinbaren und sich auf keine nachvertragliche Wettbewerbsklausel einlassen.

**Für die Praxis:** Ein reibungsloser Geschäftsablauf funktioniert in diesen Fällen langfristig nur dort, wenn es Ihnen auf Dauer gelingt, eine intensive und vertrauensvolle Zusammenarbeit herzustellen. Das verlangt von allen Beteiligten ein Höchstmaß an persönlichen und kommunikativen Fähigkeiten. Dazu gehört auch ein großes Maß an Übereinstimmung über mittel- und langfristige operative und strategische Ziele. Verlangt sind Kompromissbereitschaft und Konfliktfähigkeit.

- Für den Geschäftsführer, der in einer GmbH mit mehreren als Arbeitnehmern angestellten Gesellschaftern tätig wird, empfiehlt es sich unbedingt, neben einer Abfindungsvereinbarung (die wegen einer u. U. kurzen Dienstzeit nur gering ausfallen dürfte) eine zusätzliche Vereinbarung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gegen maximale Karenzzahlungen zu vereinbaren. Bei einem Branchenwechsel verzichtet der ausscheidende Geschäftsführer dann gegen eine geringere Einmalzahlung auf die regelmäßige und insgesamt höhere Zahlung.
- Neben den oben für den Anstellungsvertrag empfohlenen Vereinbarungen, sollten Sie prüfen, ob Sie überdurchschnittlich lange (1 Jahr und mehr) Kündigungsfristen durchsetzen können, die sich dann in einer hohen Abfindungszahlung bei vorzeitigem Ausscheiden niederschlagen.

+ + +

### **GmbH-Gesellschaftsvertrag hat (fast) immer Vorrang**

Vorsicht bei strengen Vorschriften aus dem GmbH-Gesellschaftsvertrag: Diese müssen eingehalten werden – jedenfalls solange die Gesellschafter nicht mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit den Gesellschaftsvertrag ändern (in der Regel: 75 % der Stimmen). Das gilt z. B. auch dann, wenn – wie in vielen GmbHs vereinbart – ein Teil des Gewinns per Vorschrift des Gesellschaftsvertrages „in die Rücklagen gestellt werden“.

Das wirkt dann aber wie eine Selbstverpflichtung. Nur im absoluten Einzelfall kann dann mehr Gewinn als vorgeschrieben ausgeschüttet werden – z. B. wenn ein Gesellschafter privat finanzielle Probleme hat. Das darf aber nur der Ausnahmefall sein (OLG Dresden, Urteil vom 9.11.2011, 12 W 1002/11).

**Für die Praxis:** Aber auch hier gilt die Vorgabe: „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Sind die Gesellschafter sich einig und beschließen statt der Rücklagenzuweisung eine Vollausschüttung des Gewinns an die Gesellschafter, sollte es im Klagefall (z. B. später durch einen Insolvenzverwalter) kaum möglich sein, die ausgeschütteten Gewinnanteile zurückzufordern. Um erst gar keine rechtlichen Zweifel aufkommen zu lassen, sollten die Gesellschafter dann zunächst einstimmig den Gesellschaftsvertrag ändern und die Änderung im Registergericht anmelden und eintragen lassen.

+ + +

**Zahlt der Arbeitgeber Bußgelder für den Mitarbeiter, wird dafür Lohnsteuer fällig:** Übernimmt der Arbeitgeber (hier: Spedition) Bußgelder, die der Arbeitnehmer (hier: Fahrer) wegen Überschreitung von Lenkzeiten bzw. Nichteinhaltung von Ruhezeiten zahlen muss, dann muss dafür zusätzlich Lohnsteuer gezahlt werden (Finanzgericht Köln, Urteil vom 22.9.2011, 3 K 955/10).

**Für die Praxis:** Das gilt auch dann, wenn der Fahrer sich darauf beruft, dass er auf Anweisung seines Arbeitgebers gesetzliche Vorschriften nicht eingehalten hat. Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass eben genau diese gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden. Das Bußgeld richtet sich gegen den Fahrer und nicht gegen den Arbeitgeber.

+ + +

**2. Stufe der Insolvenzrechtsreform kommt:** Zum 1.3.2012 wird das vereinfachte und beschleunigte Insolvenzverfahren für Unternehmen in Kraft treten. Gleichzeitig wird die 2. Stufe zur weiteren Reform des Insolvenzrechts vorbereitet. Danach sollen sich insolvente Existenzgründer und private Verbraucher bereits nach 3 statt bisher 6 Jahren von ihren Restschulden befreien können. Das BMJ hat einen entsprechenden Gesetzentwurf vorgelegt. Es ist davon auszugehen, dass diese Regelungen ebenfalls noch in 2012 verabschiedet werden.